

**SEPARAÇÃO DE PODERES, FREIOS E CONTRAPESOS E CONTROLE
JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE: TENTATIVAS DE
LIMITAÇÃO DO PODER ESTATAL**

WAGNER VINICIUS DE OLIVEIRA¹

1Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, oliveirawagnervinicius@gmail.com

RESUMO

O objetivo principal desse artigo reside na avaliação teórica dos mecanismos para limitar o exercício do poder estatal, precisamente as teorias da “separação de poderes”, dos freios e contrapesos e a técnica do controle judicial de constitucionalidade. Assume-se como hipótese a suficiência parcial desses mecanismos para limitar o exercício do poder estatal, além disso percebe-se as transformações que esses elementos passaram ao longo do tempo. Utiliza-se a linha crítico-metodológica para repensar o direito constitucional e seus fundamentos. Diante disso, os objetivos específicos consistem em identificar as propostas da “separação dos poderes” e dos freios e contrapesos, o papel do controle judicial de constitucionalidade, a crítica francesa à “supremacia judicial” e sua proposta de controle político de constitucionalidade e por fim, a ideia de separação flexível de poderes e suas aproximações entre direito e política na jurisdição constitucional. Os resultados confirmam a hipótese inicial e a principal conclusão está nas fragilidades e nas transformações desses mecanismos para limitarem o exercício do poder estatal, por isso são tentativas para a construção e para a compreensão compartilhada sobre os sentidos e os alcances da constituição.

Palavras-chave: Constitucionalismos; Democracia; Estado de direito; Separação de poderes.

**SEPARATION OF POWERS, CHECKS AND BALANCES AND JUDICIAL REVIEW:
ATTEMPTS TO LIMIT THE STATE POWER**

ABSTRACT

The primary objective of this article lies in the theoretical assessment of mechanisms to limit the exercise of state power, precisely the theories of “separation of powers”, checks and balances and the technique of judicial review. Assume as hypothesis the partial sufficiency of these mechanisms to limit the exercise of state power and in addition to perceiving the transformations that these elements have undergone over time. Use the critical-methodological line to rethink the constitutional law and its foundations. Given this, the specific objectives are to identify the proposals for “separation of powers” and checks and balances, the role of judicial review, the French critique of “judicial supremacy” and its proposal for political control of constitutionality and, finally, the idea of flexible separation of powers and their approximation between law and politics in judicial review. The results confirm the initial hypothesis and the main conclusion it is in the weaknesses and transformations of these mechanisms to limit the exercise of state power, so they are attempts to build and share understanding about the meanings and the scope of the constitution.

Key-words: Constitutionalism; Democracy; Rule of law; Separation of powers.

1 INTRODUÇÃO

Dividir, contrabalancear e julgar são ações necessárias, porém insuficientes para limitar o exercício do poder estatal. Nesse artigo, procura-se refazer o percurso das principais tentativas para a limitação do exercício do poder estatal tendo como pano de fundo as teorias da “separação de poderes”, dos freios e contrapesos (*check and balances*) e a técnica do controle judicial de constitucionalidade. Não se inserem dentre as pretensões desse artigo o tratamento exaustivo - nem do ponto de vista teórico, nem cronológico - de todas essas temáticas abrangentes que seguramente contam com pelo menos uns duzentos anos de tradição ocidental.

De outra sorte, o objetivo central consiste em articular criticamente esses três elementos apontando suas contribuições, insuficiências e transformações ao longo do tempo. Para estabelecer a conexão entre esses elementos elege-se como hipótese a parcial suficiência desses mecanismos para limitar o exercício do poder estatal. Isso porque deixam em aberto aspectos importantes como é o caso do papel da sociedade civil nesse arranjo institucional ou não conseguem escapar da concentração no exercício do poder em um ator institucional específico, no caso o Judiciário.

Esses três elementos formam o repertório teórico para compreender que a descentralização do poder estatal por si só acarreta alguma forma de limitação de seu exercício e de acordo com o desenho constitucional é preciso que o exercício de um “poder” modere os abusos dos outros “poderes”. Excepcionalmente, tem-se no controle judicial de constitucionalidade a possibilidade de atuação de mais um dos mecanismos de controle e não um “poder moderador” permanente.

Surgem, assim, quatro objetivos específicos que serão perseguidos, a saber: (i) identificar as principais propostas de “separação de poderes”, (ii) descrever a proposta do *judicial review* na perspectiva estadunidense, (iii) apresentar as críticas francesa em relação à “aristocracia judicial” (LAMBERT, 1921) e (iv) verificar se a proposta de “separação flexível de poderes” contribui para a limitação do poder estatal. Nessa mesma ordem, estruturam-se as seções desse artigo.

Para alcançar esses objetivos utiliza-se a linha crítico-metodológica para repensar o direito constitucional e seus fundamentos. Essa abordagem supõe uma teoria crítica da realidade sustentada pelas teorias do discurso e da argumentação, para compreender o direito como uma rede complexa de linguagens e de significados (DIAS; GUSTIN, 2015, p. 21). Com isso, pretende-se interpretar as articulações e as dificuldades entre separação, freios e contrapesos e controle judicial de constitucionalidade.

A análise exploratória será composta pela revisão bibliográfica em materiais (livros, artigos em periódicos e revistas especializadas etc.) produzidos nas línguas espanhola, francesa, inglesa e portuguesa, não necessariamente nessa ordem. As obras citadas nos idiomas estrangeiros serão traduzidas pelo autor e apresentadas as versões originais em notas de rodapé; para as obras clássicas, além das referências padrão serão fornecidas informações adicionais entre colchetes para facilitar eventual consulta.

Os resultados aportados pelo artigo sugerem a confirmação da hipótese levantada e permitem compreender suas contribuições ao mesmo tempo em que se reconhece suas limitações. Assim, esse artigo coopera com a tarefa de compreender e analisar as principais transformações e fragilidades no intento de limitar o exercício do poder estatal, mais no sentido de problematizar as relações do que apresentar respostas definitivas.

2 PROPOSTAS INICIAIS PARA A SEPARAÇÃO ORGÂNICA ENTRE OS PODERES E OS FREIOS E CONTRAPESOS

Para inaugurar as discussões sobre as principais propostas de “separação de poderes” enquanto tentativa de limitar o exercício do poder estatal impõe-se algumas delimitações metodológicas. Mesmo porque a reconstrução histórica exauriente sobre essa temática, apesar dos esforços que poderiam ser empreendidos, apresentaria resultados insuficientes para fornecer respostas aos objetivos propostos. Noutras palavras, os autores clássicos como é o caso de Aristóteles, Políbio e Cícero, por exemplo, teorizavam sobre conceitos e relações sociais bastante distintas das concepções modernas e atuais.

Apenas em relação a Aristóteles, tornou-se corriqueiro anunciá-lo como precursor da teoria da “separação de poderes”, principalmente porque no quarto livro da *Política*, o estagirita desenvolve os “três fatores de referência” para elaborar uma constituição. Assim, “desses três fatores um é o corpo que delibera sobre os interesses comuns [deliberativo], o segundo que está conectado aos magistrados [executivo], com as matérias que eles podem controlar e qual deve ser o método para sua eleição e, um terceiro, é o judiciário” (ARISTOTLE, 1959, p. 345).¹

Semelhanças à parte, percebe-se que os modos de compreensão antigo e moderno são diversos, especialmente porque aquele assume como referência a ideia de “lugares naturais” que cada ser humano ocupa no “mundo sublunar”. Revela-se, portanto, uma hipótese de pouca

¹ No original: “Of these three factors one is, what is to be the body that deliberates about the common interests, second the one connected with the magistracies, that is, what there are to be and what matters they are to control, and what is to be the method of their election, and a third is, what is to be the judiciary” (ARISTOTLE, 1959, p. 345 [Pol. IV 1298 a 20-25]).

plausibilidade no tempo presente. Ao que tudo indica, as preocupações referentes às limitações do exercício do poder estatal estavam distantes do contexto da antiguidade.

Em certo sentido, esse argumento também poderia ser replicado nos pensamentos filosóficos e políticos registrados na Europa, entre o final do século XVII e o início do século XVIII, que não se ocupavam com questões ligadas ao controle de constitucionalidade, por exemplo. Todavia, cada tempo histórico possui necessidades e limitações próprias e meras reprovações ahistóricas fragilizariam a argumentação desenvolvida.

O ponto de partida, portanto, será alguns dos pensamentos hegemônicos registrados nos séculos passados que inauguram a ideia de “separação de poderes” nas tradições anglo-saxã e francesa. *O segundo tratado do governo* foi escrito por John Locke como referência teórica “somente para justificar uma revolução constitucional específica na Inglaterra do final do século XVII” (LOCKE, 1980, p. VII).² No capítulo dedicado à *sociedade política ou civil*, o autor idealizou o fracionamento do exercício do poder estatal entre o Legislativo, o Executivo e o Federativo, com “o legislativo, de um lado, e o executivo e o federativo, de outro. O que Locke propõe é uma separação dual - e não tríplice - entre os três poderes que descreve” (BRASIL, 2005b, p. 270-271).

Cabe considerar que o “poder Executivo” seria o “poder da sociedade” e o “poder Legislativo” assumiria as feições de um poder “supremo”, já o poder Federativo, seria composto “por juízes imparciais e corretos, que devem decidir as controvérsias de acordo com as leis” estabelecidas. Esse conjunto, não “deve ser direcionado para nenhum outro fim, a não ser a paz, a segurança e o bem público do povo” (LOCKE, 1980, p. 68).³ Percebe-se, assim, a prevalência do conceito liberal de direitos naturais, que por sua vez, se distancia do conceito clássico.

Nessas discussões, vale acrescentar as contribuições do Visconde Bolingbroke que foi responsável em propor uma espécie de “mistura entre os poderes”, monárquico, aristocrático e democrático, uma vez misturados dentro de um mesmo sistema, esses três estados se equilibrariam mutuamente (BOLINGBROKE, 1997). Cabe sublinhar que as opções desse autor, ao considerar inviáveis os regimes monárquico e democrático, defende a aristocracia enquanto proposta para realizar uma espécie de moderação entre os poderes.

² No original: “[w]ritten only to justify a particular constitutional revolution in late seventeenth-century England” (LOCKE, 1980, p. VII [Editor’s introduction]).

³ No original: “executive power [...] power of the society, or legislative [...] supreme power [...] by indifferent and upright judges, who are to decide controversies by those laws; [...] And all this to be directed to no other end, but the peace, safety, and public good of the people” (LOCKE, 1980, p. 68 [Chap. IX, § 131]).

De acordo com suas palavras, a “monarquia absoluta é tirania, mas democracia absoluta é tirania e anarquia [*sic*]. Se a aristocracia for colocada entre esses dois extremos, ela será colocada no cume do navio e deve cair em um ou outro, de acordo com o curso natural dos assuntos humanos” (BOLINGBROKE, 1997, p. 127).⁴ As concepções políticas desses pensadores receberam interferência direta de uma sociedade majoritariamente agrária e estratificada do ponto de vista social.

Num contexto social e temporalmente próximo desenvolveram-se as contribuições francesas para expor as relações necessárias entre os seres, as divindades, o mundo material e suas leis ou conforme chamava o Barão de Montesquieu: o “espírito das leis”. Embora seja uma obra clássica, não versava específica ou detalhadamente sobre a “separação de poderes”, isso porque, nos seus dois tomos, seis partes e trinta e um livros não há um capítulo sequer dedicado a essa temática. Ao que tudo indica, a distribuição do exercício do poder⁵⁻⁶ estava apenas marginalmente localizada dentre as pretensões de Montesquieu.

Enquanto expoente do pensamento liberal, seu principal enfoque estava nas liberdades individuais asseguradas pela legislação; que, ao refletir a natureza das coisas, dispensava mecanismos permanentes para a resolução de conflitos. Desde o princípio não se tratava de uma mera questão de desempenho das diferentes funções dentro de uma determinada forma de governo, mas de moderações recíprocas realizadas pela nobreza, pela aristocracia e pela classe popular. Assim, os esforços estavam direcionados para compreender as condições de governabilidade ou de exercício do poder nos governos monárquico, republicano e despótico.

A ideia nuclear era impedir a concentração dos poderes numa única figura e os abusos no seu exercício (despotismo) e dessa forma proteger o direito natural à liberdade. Aquilo que se pretendia com a “separação horizontal de poderes” é que o Legislativo e Executivo se controlem mutuamente, sendo o Judiciário considerado como um poder nulo (NÚÑEZ; QUINTANA, 2014). Na prática, essa distribuição horizontal do poder estatal significava que cada poder possuía apenas uma função típica correspondente e que o Judiciário estava abaixo dos outros dois poderes.

⁴ No original: “Absolute monarchy is tyranny; but absolute democracy is tyranny and anarchy both. If aristocracy be placed between these two extremes, it is placed on the shippery ridge, and must fall into one or the other, according to the natural course of human affairs” (BOLINGBROKE, 1997, p. 127 [Letter XII, 16 November 1734]).

⁵ Em verdade, existem algumas passagens que utilizam a expressão “distribuição dos três poderes”. Cf. Livre onzième, chapitre IX p. 783; chapitre XI, p. 787; chapitre XIV, p. 798; chapitre XX, p. 834. Livre douzième, chapitre premier, p. 835 (MONTESQUIEU, 1875).

⁶ Aliás, o Ministro do STF, Eros Grau, com base no Livro IX, capítulo VI do Espírito das Leis, sustenta que o Barão jamais falou em “separação de poderes”, mas tratava sobre a distinção dos poderes (BRASIL, 2005a, [n.p.]).

Essa tradicional desconfiança francesa em relação ao Judiciário fundamentou o surgimento da hipotética figura do “juiz boca da lei” reservando um papel menos destacado a esse poder. Mesmo porque, os “juizes não são mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei” (MONTESQUIEU, 1875, p. 765).⁷

Contudo, além da “separação de poderes” foi necessário sofisticar esse modelo e incrementar um sistema mais robusto de controles recíprocos para evitar ou atenuar os abusos no exercício dos poderes e também a sobreposição das classes que eventualmente compunham esses mesmos poderes. Por essa razão, foi preciso formular seu “análogo anglo-saxão, o princípio dos *checks and balances*” (BERNAL PULIDO, 2015, p. 18) ou simplesmente “freios e contrapesos”. Trata-se de uma técnica “desenvolvida na Inglaterra durante o século XVIII”⁸ que concebeu um método para que os poderes moderassem os excessos cometidos.

Por certo, a separação orgânica dos poderes forneceu contribuições para contornar o absolutismo monárquico no exercício do poder estatal e inaugurar as bases teóricas do estado de direito. Mas, essas contribuições de matriz francesa não eram aplicáveis em países com vasta extensão territorial e também deixou em aberto o papel do Judiciário. Esses argumentos são discutidos no próximo tópico.

3 A PROPOSTA FEDERALISTA E O PAPEL DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

No tópico anterior foram mencionadas algumas das principais teorias e autores sobre a “separação de poderes” e identificada a necessidade de reforçar o sistema de freios e contrapesos para além da desconcentração horizontal no exercício do poder estatal. A proposta contida em *Os federalistas* - apresentada por Alexander Hamilton, por John Jay e por James Madison, no final do século XIX nos Estados Unidos da América - torna-se um caminho incontornável nessas análises.

Existem autores que consideram os modelos propostos por Montesquieu e pelos autores estadunidenses bastante distantes (NÚÑEZ e QUINTANA, 2014; PENNA, 2011), há também quem considere a proposta federalista uma espécie de desenvolvimento da concepção de Montesquieu (PUTNEY, 2019). De fato, os federalistas ao redigirem oitenta e cinco artigos (*papers*) em defesa da recém-publicada constituição estadunidense, reinterpretaram a clássica

⁷ No original: “Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi” (MONTESQUIEU, 1875, p. 765 [Livre onzieme, chapitre VI]).

⁸ Bonavides (2011, p. 150) atribui a Bolingbroke o desenvolvimento teórico da chamada técnica dos checks and balances. Cf. Bolingbroke (1997).

“teoria da separação de poderes” e elevaram o Judiciário a condição de guardião da constituição.

Os federalistas partem de uma perspectiva menos idealizada das virtudes dos seres humanos, de outra sorte, levam em consideração os vícios individuais e sociais desde o primeiro escrito em outubro de 1787. Aliás, “se homens fossem anjos, nenhum governo seria necessário” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 281).⁹ Dentro de um clima de desconfiança, parcela expressiva de suas preocupações são voltadas para as facções domésticas e para as insurreições¹⁰ e para a prevenção e o combate da tirania, ou seja, “a acumulação de todos os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mesmas mãos” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 261).¹¹

Especificamente no *paper* n. 09, registram “a distribuição regular de poder dentro de distintos departamentos, a introdução de freios e contrapesos legislativos, a instituição de tribunais compostos por juízes”, entre outras inovações constitucionais (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 42).¹² A experiência estadunidense adicionou o federalismo nas discussões sobre a separação vertical entre os “poderes” ou departamentos. Além da descentralização horizontal das três funções estatais o modelo federalista reparte verticalmente essas funções entre os Estados-membros e a União para abranger o vasto território.

Diante dessa nova divisão de poder entre os departamentos de Estado, que leva em consideração os aspectos territoriais, o modelo federalista confere ao Judiciário a competência para resolver os conflitos federativos, a proteção dos direitos individuais e a constitucionalidade das ações governamentais (PUTNEY, 2019). De algum modo, antecipando em alguns anos a decisão paradigmática do *judicial review* no caso *Marbury vs. Madison*. Além disso, acrescenta as funções atípicas aos três departamentos como tentativa de aumentar a liberdade individual por meio da descentralização do exercício do poder.

Com base no *paper* n. 47, sugerem, por mais de uma vez, que “os departamentos Legislativo, Executivo e Judiciário devem ser separados e distintos” confirmando a ideia de

⁹ No original: “If men were angels, no government would be necessary” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 281 [Paper n. 51, The same subject continued with the same view, and concluded]).

¹⁰ Cf. Paper n. 09, The utility of the union as a safeguard against domestic faction and insurrection; Paper n.10, The same subject continued (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 41-54).

¹¹ No original: “The accumulation of all powers legislative, executive and judiciary in the same hands, [whether of one, a few or many, and whether hereditary, self appointed, or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny.]” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 261 [Paper n. 47, The meaning of the maxim, which requires a separation of the departments of power, examined and ascertained]).

¹² No original: “The regular distribution of power into distinct departments - the introduction of legislative balances and checks - the institution of courts composed of judges [...]” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 42 [Paper n. 09, The utility of the union as a safeguard against domestic faction and insurrection, note about lines 32-33]).

separação, mas também se preocupam em “expor algumas das partes essenciais do edifício ao perigo de serem esmagadas pelo peso desproporcional de outras partes” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 261 e 262).¹³ Mesmo reconhecendo as contribuições de Montesquieu para o tema ressaltam que esse autor não mencionou que “a independência judicial da coroa foi estabelecida desde 1701” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 262).¹⁴

Além disso, dentro da histórica experiência constitucional britânica percebe-se que “os departamentos legislativo, executivo e judiciário não são de modo algum totalmente separados e distintos um do outro” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 263).¹⁵ E, dessa forma, entendem que a divisão de competências não equivale à plenitude departamental, com isso é possível visualizar pelo menos duas decorrências: a primeira, diz respeito às funções atípicas de cada departamento; já, a segunda implicação, remete à ideia de moderação recíproca entre os departamentos.

Esse ponto também guarda relação com a forma federativa de Estado adotada desde a Convenção de Filadélfia, além de propor alternativas para os possíveis conflitos entre os Estados-membros e entre estes e a União procurou oferecer respostas, pela via judicial, para a preservação do vínculo federativo. A proposta estadunidense, portanto, inaugura o pensamento de considerar que “o Judiciário, pela natureza de suas funções, sempre será menos perigoso para os direitos políticos da constituição; porque será menos capaz de incomodá-los ou feri-los” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 412).¹⁶

A ampliação de competência do Judiciário exigiu, em contra partida, o reforço da independência judicial, que passa a ser concebida como “igualmente necessária para proteger a constituição e os direitos dos indivíduos dos efeitos daqueles maus humores que as artes de designar seres humanos ou a influência de conjunturas particulares às vezes disseminada entre

¹³ No original: “[the] legislative, executive and judiciary departments ought to be separate and distinct. [...] to expose some of the essential parts of the edifice to the danger of being crushed by the disproportionate weight of other parts” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 261 e 262 [Paper n. 47, The meaning of the maxim, which requires a separation of the departments of power, examined and ascertained]).

¹⁴ No original: “Judicial independence of the crown had been established by the Act of Settlement, 1701 (not mentioned by Montesquieu)” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 262 [Paper n. 47, The meaning of the maxim, which requires a separation of the departments of power, examined and ascertained, note about lines 26-30]).

¹⁵ No original: “[On the slightest view of the British constitution we must perceive, that] the legislative, executive and judiciary departments are by no means totally separate and distinct from each other” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 263 [Paper n. 47, The meaning of the maxim, which requires a separation of the departments of power, examined and ascertained]).

¹⁶ No original: “[the] judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 412 [Paper n. 78, A view of the constitution of the Judicial Department, in relation to the tenure of good behavior]).

o próprio povo” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 416).¹⁷ Essa garantia institucional deveria ser combinada com determinados atributos pessoais para assegurar a supremacia da constituição recém promulgada, nessa perspectiva os federalistas entendiam que essa tarefa “exigiria uma porção incomum de coragem dos juízes para cumprirem seu dever como guardiões fiéis da constituição, onde invasões legislativas foram instigadas pela grande voz da comunidade” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 416).¹⁸

Nesse cenário, a Suprema Corte estadunidense assume um papel destacado inclusive em relação ao próprio Judiciário, por isso “deve ser um órgão separado e independente” dentro da estrutura judicial, mas também desfrutar de uma superioridade em relação ao Legislativo, ou seja, posiciona-se na contramão das teorias inglesa e francesa. Isso se materializa no “poder de interpretar as leis, de acordo com o espírito da constituição, permitirá que o tribunal as modele em qualquer forma que julgue apropriada” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 428).¹⁹

Com efeito, “isso é tão inédito quanto perigoso” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 428).²⁰ Essa opção teórica indica aproximadamente daquilo que mais tarde, não sem controvérsias, ficou conhecido como “supremacia judicial”, isso é, quando ocorre a sobreposição do Judiciário em relação às demais funções sem que haja possibilidades de superação de determinada decisão judicial.

Se, por um lado, foi necessário adicionar um sistema de freios e contrapesos as ideias de separação orgânica das funções estatais; por outro lado, o hiperdimensionamento de uma função em relação às outras não produz resultados potencialmente mais adequados. Nessa tônica, identifica-se a sugestão de uma “separação de poderes deliberativa” (MENDES, 2011, p. 560) que pretende designar a dinâmica repartição de competências entre as funções no Estado democrático de direito.

¹⁷ No original: “[This independence of the judges is] equally requisite to guard the constitution and the rights of individuals from the effects of those ill humours which the arts of designing men, or the influence of particular conjunctures, sometimes disseminate among the people themselves [...]” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 416 [Paper n. 78, A view of the constitution of the Judicial Department, in relation to the tenure of good behavior]).

¹⁸ No original: “[But it is easy to see that it] would require an uncommon portion of fortitude in the judges to do their duty as faithful guardians of the constitution, where legislative invasions of it had been instigated by the major voice of the community” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 416 [Paper n. 78, A view of the constitution of the Judicial Department, in relation to the tenure of good behavior]).

¹⁹ No original: “The authority of the proposed supreme court of the United States, which is to be a separate and independent body, will be superior to that of the legislature. The power of construing the laws, according to the spirit of the constitution, will enable that court to mould them into whatever shape it may think proper” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 428 [Paper n. 81, A further view of the Judicial Department, in relation to the distribution of its authority]).

²⁰ No original: “This is as unprecedented as it is dangerous” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 428 [Paper n. 81, A further view of the Judicial Department, in relation to the distribution of its authority]).

Assim, apesar da prevalência dessa opção judicial na maioria dos países ocidentais infere-se que essa opção também acarreta riscos de concentração e abusos no exercício do poder estatal em um ator institucional específico. Por hora, tem-se que os movimentos para a distribuição das funções estatais complementados por algum sistema de freios e contrapesos, majoritariamente concentram em algum tipo de controle judicial para a correção de eventuais abusos. Certamente esses aspectos foram identificados e criticados ao longo do tempo e serão detalhados no próximo tópico.

4 CRÍTICAS À “ARISTOCRACIA JUDICIAL ESTADUNIDENSE”²¹ E O CONTROLE POLÍTICO DE CONSTITUCIONALIDADE FRANCÊS

Diante da proposta federalista, que se tornou majoritária no lado ocidental do mundo, surgiram aspectos positivos e negativos. Em virtude do tempo e espaço limitados elenca-se os principais argumentos favoráveis ao controle judicial de constitucionalidade e, na sequência, serão aprofundadas as críticas. Para dimensionar o tamanho dessa estrutura de pensamento elencam-se quinze argumentos partidários da primeira corrente teórica.

Nessa perspectiva, tem-se que o Judiciário: (i) protege as pré-condições da democracia, (ii) assegura o processo de formação da vontade democrática, (iii) protege os direitos fundamentais e o conteúdo de justiça da democracia, (iv) protege os “direitos das minorias” e impede a “tirania da maioria”, (v) é emissário do “povo” genuíno e operacionaliza o pré comprometimento, (vi) suas decisões podem ser rejeitadas por meio de emenda constitucional ou de uma nova constituição, (vii) uma exigência do estado de direito, (viii) um agente externo que julga com imparcialidade, o legislador não poderia julgar a si mesmo, (ix) um veto inerente à dinâmica da “separação de poderes”, (x) possui uma racionalidade incremental dentro de sua jurisprudência, (xi) é menos falível em questões de princípios e está mais próxima da “resposta correta”, (xii) promove uma representação deliberativa e argumentativa, (xiii) atua como instituição educativa e promove o debate público, (xiv) integra um sistema democrático e não está a margem dele, por fim, o Judiciário (xv) é composto por membros indicados pelas autoridades eleitas (MENDES, 2011, p. 178-201).

As críticas ao modelo de jurisdição constitucional estadunidense ou *judicial review*, nesse artigo, contam com a perspectiva de Edouard Lambert, que não é o primeiro nem o único nessa direção, mas será ressaltado em razão de demonstrar a fragilidade e o equilíbrio instável entre os ramos Executivo, Legislativo e Judiciário nos Estados Unidos da América. Um dos

²¹ No original: “l’aristocratie judiciaire américaine” (LAMBERT, 1921, p. 124).

principais instrumentos para essa fragilização são as cláusulas abertas, especialmente a “cláusula do devido processo” (*due process cause*), enquanto uma porta aberta para o realismo jurídico.

Embora o autor não localize temporalmente o período do chamado “governo dos juízes” a maior parte de seus exemplos remetem ao período no qual o juiz Holmes exerceu a presidência da Suprema Corte estadunidense. Em razão da declaração judicial de nulidade de uma série leis estaduais trabalhistas - principalmente leis trabalhistas voltadas para os trabalhadores ferroviários - foram registradas algumas reações na segunda década do século XX. Dentre as quais destaca-se a introdução do *recall* de juízes nas constituições estaduais de Orégon (1908) e da Califórnia (1911), por exemplo (LAMBERT, 1921, p. 94).

Aliás, essa foi uma das “plataformas no curso da campanha presidencial de 1912 [nos Estados Unidos da América], solução vulgarmente conhecida pelo nome de *recall* de decisões judiciais” (LAMBERT, 1921, p. 98)²² formulada pelo então candidato à presidência Franklin Delano Roosevelt. Originalmente essa proposta foi apresentada sob a forma de “referendo judicial” (LAMBERT, 1921, p. 100)²³ que pretendia alguma forma de confirmação das decisões judiciais, contudo não obteve adesão suficiente para sua implementação.

No lugar desse tipo de atuação judicial incisiva, propõe-se a ampliação da atividade hermenêutica (LAMBERT, 1921, p. 130),²⁴ ou seja, a declaração de inconstitucionalidade seria uma espécie de “soldado de reserva” ou último recurso cabível apenas quando a interpretação não assegurasse a supremacia da constituição. Ao que tudo indica, o problema focalizado não reside na ilegitimidade do controle judicial de constitucionalidade, mas no seu modo e intensidade de atuação. Para tanto, propõe a utilização de pareceres consultivos, de julgamentos declaratórios e da aplicação administrativa das leis.

Por certo, existem hiatos entre aquilo que se entende por atuação administrativa francesa e estadunidense, todavia esse conjunto de proposta busca fazer frente ao chamado “governo dos juízes”. Tal “governo” se manifesta em diferentes níveis a depender da interferência judicial nas atividades estatais: quando juízes são capazes de se oporem as decisões políticas ou aos agentes políticos (*latissimo sensu*); quando juízes constitucionais exercem alguma competência legislativa (*stricto sensu*); quando exercem a totalidade do Legislativo (*strictissimo sensu*) (TROPER, 2008).

²² No original: “[...] plattform au cours de la campagne présidentielle de 1912: la solution vulgairement connue sous le nom de *recall* de décision judiciaires [...]” (LAMBERT, 1921, p. 98).

²³ No original: “referendum judiciaire” (LAMBERT, 1921, p. 100).

²⁴ No original: “[...] construction anglo-américaine, interprétation française” (LAMBERT, 1921, p. 130).

Diferentemente da maioria dos países ocidentais que adotaram alguma forma de controle judicial de constitucionalidade, a França, desde 1946, atribuiu essa competência a um órgão político.²⁵ Atualmente, o Conselho constitucional é formado por nove membros indicados a terça parte pelo Presidente da República, pelo Presidente da Assembleia Nacional e pelo Presidente do Senado, para exercerem um mandato de nove anos, vedada a recondução. Além disso, a estrutura procedimental realiza o exame de conformidade com o “bloco de constitucionalidade”, formado por um conjunto de textos constitucionais pretéritos, pela declaração de direitos de 1789, pelos princípios constitucionais, entre outras fontes.

Assim, o Conselho constitucional “tem por função censurar os atos dos representantes contrários aos direitos reconhecidos dos cidadãos” (ROUSSEAU, 2015, p. 61),²⁶ por outras palavras, desempenha a função de controlar o exercício do poder Legislativo. Essa função se tornou deficitária porque o exame da constitucionalidade de determinada matéria é parte integrante do processo legislativo (fase prévia e preclusiva), na prática, inviabilizava a reabertura das discussões sobre a constitucionalidade após a publicação da lei. Esse desenho institucional foi planejado como uma espécie de mediação entre o Executivo e o Parlamento francês para garantir o modelo clássico de “separação de poderes”.

Tradicionalmente desenvolveu a “missão de guardião da separação de poderes”, sem, contudo, produzir constrangimentos nos outros poderes (SEGORBE, 2000, p. 03). E desse modo, permaneceu até a reforma constitucional de 2008,²⁷ que dentre outras alterações inseriu na constituição francesa o art. 61-1 assegurando o pronunciamento do Conselho constitucional no curso de uma decisão judicial em face da ameaça aos direitos e as liberdades fundamentais garantidos pela constituição. A sobredita reforma foi regulada pela lei orgânica de 2009²⁸ e acrescentou a questão prioritária de constitucionalidade, um incidente processual no controle político repressivo das leis.

Em contraponto, Dominique Rousseau destoa da tradição francesa apresentada no primeiro tópico e sugere a adesão da França ao modelo de controle judicial de constitucionalidade. Proposta teórica que apresenta reflexos na composição e atuação do Conselho, em conformidade com um “regime flexível de separação de poder” (ROUSSEAU, 2015, p. 114).²⁹ Ao final, a proposta consiste em atribuir aos juízes constitucionais a

²⁵ Inicialmente chamado de Comité Constitutionnel, atualmente Conseil Constitutionnel.

²⁶ No original: “[...] a pour fonction de censurer les actes des représentants contraires aux droits reconnus aux citoyens [...]” (ROUSSEAU, 2015, p. 61).

²⁷ Cf. article 29, de Loi constitutionnelle n. 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République.

²⁸ Cf. Loi organique n. 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l’application de l’article 61-1 de la Constitution.

²⁹ No original: “[...] régime de la séparation souple des [...]” (ROUSSEAU, 2015, p. 114).

reflexividade democrática, por isso, sugere que “da mesma maneira que o povo soberanamente escolhe seus representantes, ele deve escolher seus juizes” (ROUSSEAU, 2015, p. 238)³⁰ e assim “a diluição dos juizes dentro da sociedade” poderia “reaproximar a justiça do ‘povo’” (ROUSSEAU, 2015, p. 239).³¹

Por outro lado, o próprio autor pondera que a metodologia da eleição não garante, por si só, a estabilidade de uma justiça neutra e imparcial e que a “desprofissionalização” também é prejudicial para a qualidade da justiça institucionalizada (ROUSSEAU, 2015, p. 240).³² Dentre outras mudanças, sustenta que o Conselho constitucional deverá ser transformado numa corte constitucional e, por consequência, sua composição, organização interna, procedimentos e julgamentos deverão ser submetidos as exigências de imparcialidade, neutralidade e objetividade inerentes a todo tribunal (ROUSSEAU, 2015, p. 258-260).

A consideração crítica que se oferece diz respeito as elevadas expectativas em relação ao Judiciário e tamanha crença depositada apenas numa instituição não deixa de acarretar riscos de concentração e de abusos no exercício do poder estatal. Ademais, é salutar a variabilidade dos modos de controlar a constitucionalidade diversos da judicial. Ao final e ao cabo a dinamicidade e as diversidades das questões levadas até a apreciação do controle de constitucionalidade reorganizam as estruturas teóricas apresentadas até agora, especialmente pelo embaralhamento das fronteiras entre o político e o jurídico. Tema que será analisado no próximo tópico.

5 SEPARAÇÃO FLEXÍVEL DE PODERES: AS FRONTEIRAS ENTRE O JURÍDICO E O POLÍTICO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Ao que tudo indica, as teorias da “separação de poderes”, dos freios e contrapesos e a técnica do controle judicial de constitucionalidade não permaneceram inalteradas desde suas formulações originais. Parece ser adequado afirmar que uma “separação flexível de poderes”, apesar de apresentar respostas potencialmente mais adequadas para as demandas do tempo presente, dificulta a demarcação entre as fronteiras do jurídico e do político. Parte-se da perspectiva de que “o jogo de separação de poderes envolve tanto ação, quanto omissão”

³⁰ No original: “De la même manière que le peuple souverain choisit ses représentants, il doit pouvoir choisir ses juges” (ROUSSEAU, 2015, p. 238).

³¹ No original: “[...] la dilution des juges dans la société. Pour rapprocher la justice des « gens » [...]” (ROUSSEAU, 2015, p. 239).

³² No original: “La « déprofessionnalisation » est aussi dangereuse pour la qualité de la justice” (ROUSSEAU, 2015, p. 240).

(MENDES, 2011, p. 85) e está submetido a um movimento próprio capaz de estimular simultaneamente cooperação e concorrência entre as funções estatais.

Mesmo esse artigo se comprometendo com o argumento da jurisdição constitucional enquanto um dos mecanismos de controle do poder estatal, não equivale a problemática defesa da atuação judicial enquanto “poder moderador” dos demais poderes ou na tutela moral da sociedade. Por isso, ressalva-se o chamado “efeito moderador” da jurisdição constitucional (MENDES, 2011, p. 190), sobretudo porque existe uma acentuada controvérsia sobre a densidade democrática da jurisdição constitucional, cujos objetivos delineados na introdução não permitem descer aos detalhes dessa discussão.

A pouco, demarcou-se algumas críticas à “supremacia judicial” e isso também envolve o entrelaçamento entre os arranjos e as posturas institucionais, já que “desenhar instituições é um exercício de balanceamento, de compensações, de *trade-offs* entre diversos valores que não se realizam por inteiro sem interferir em outro também importante” (MENDES, 2011, p. 110). O exercício da jurisdição constitucional há de ser desempenhado de forma que seja flexível ao ponto de realizar uma espécie de “permuta” entre as experiências e as aprendizagens institucionais, sem, contudo, deixar de preservar a autoridade e a supremacia constitucional.

Desse modo, não é desejável apenas que cada “poder” seja exercido por instituições com distintas competências como forma de compartilhamento do poder político-estatal, mas parece adequado que os “poderes” moderem reciprocamente eventuais excessos. Nesse ponto, a resignificação dessa teoria conduz à “técnica distributiva de funções distintas entre órgãos relativamente separados, nunca, porém valerá em termos de incomunicabilidade sem nenhuma linha que marque separação absoluta ou intransponível” (BONAVIDES, 2011, p. 158).

Isso, contudo, não significa necessariamente à alteração do desenho constitucional de repartição de competências positivadas no texto constitucional, que idealmente são desempenhadas de forma independente e harmônica entre si.³³ Embora permaneça normativamente vigente, a rígida separação entre as funções estatais é insuficiente para fornecer respostas adequadas para uma “sociedade sem base sem pontas, estilhada policentricamente” (HABERMAS, 1997, p. 71, 1 v).

A dinâmica repartição de competências ou funções dentro do Estado de direito democrático será o ponto de partida para analisar algumas tensões existentes entre o direito e a política na jurisdição constitucional ou simplesmente na “política constitucional” (KALYVAS, 2005, p. 102). Isso se vincula diretamente aos sentidos e alcances que se atribui ao substantivo

³³ Cf. art. 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988).

abstrato democracia. Aliás, não há registros historiográficos que permitam afirmar e localizar com certeza a existência de um período temporal e de um espaço geográfico capaz de satisfazer as condições teóricas para atender os múltiplos conceitos de democracia, que “deveria sempre ser tratada no plural” (SILVA, 2015, p. 53).

Surgiram variadas propostas teóricas que, em certo sentido, permitem a divisão da democracia entre direta e representativa. Essas discussões remetem ao ideal de democracia direta idealizado para contextos com menor grau de complexidade social, pouca densidade demográfica, inexistência de mercados econômicos globalizados, sofisticados recursos de comunicação em massa e de mídia digital, intenso fluxo migratório, dentre outros obstáculos ou impeditivos para o exercício pessoal, direto e cotidiano da democracia.

Propostas mais incisivas foram apresentadas ao longo do tempo, a exemplo da hipótese de uma irrepresentável “vontade geral”,³⁴ fórmula que enfrenta dificuldades de constatação fática e restrições operativas. Além do mais, acompanham os riscos atrelados aos discursos autoritários que apoiados nas ditas maiorias terminam por diminuir ou até mesmo suprimir injustificadamente os direitos e as garantias fundamentais de determinados grupos não hegemônicos.³⁵

Outra via para essa mesma situação seria a democracia representativa, na qual se elege um conjunto de representantes para operacionalizar as decisões fundamentais que tornam possível a vida em sociedade. Com isso, não se confunde representação com substituição ou anulação política do conjunto das representadas e dos representados. A originalidade desse tipo de proposta está em conciliar a participação direta e ativa de parcela expressiva da sociedade civil nesse processo, ou seja, mediante a realização de eleições periódica, direta e popular para determinados cargos políticos. E, ao mesmo tempo, “transferir” as decisões políticas cotidianas para as assembleias formadas pelos representantes temporários.

Dentro dos ideais de democracia modernos “as leis que estabelecem o direito de sufrágio são fundamentais dentro desse governo” (MONTESQUIEU, 1875, p. 330).³⁶ Logo, o voto popular e a participação política desempenham papéis relevantes nesse sistema; ao mesmo tempo em que consagram o resultado de lutas históricas, exemplificam a possibilidade de responsabilização política daqueles que exercem funções eletivas. Embora o sistema eleitoral seja suscetível as distorções e por isso mesmo incapaz de ser utilizado como parâmetro para

³⁴ Cf. Rousseau (1963).

³⁵ Utiliza-se o termo “não hegemônico” no lugar de minorias, tendo em vista a limitação semântica apresentada pelo último termo que se limita aos aspectos quantitativos.

³⁶ No original: “Les lois qui établissent le droit de suffrage sont donc fondamentales dans ce gouvernement” (MONTESQUIEU, 1875, p. 330 [Livre deuxième, chapitre II]).

aquilatar a democracia, atualmente é o que “mais se aproxima da vontade popular” (DALLARI, 2011, p. 183).

Os modelos de democracia direta e representativa enfrentam severas limitações e contradições. Refletem, na essência, as dimensões de importância valorativa e de extensão do direito à participação social. Tais processos representativos podem ser combinados com mecanismos de participação direta - à exemplo da consulta prévia (plebiscito) ou posterior (referendo) e também pela iniciativa popular de lei - e desse modo, formando aquilo que se entende por democracia semidireta.

Assim, democracia está intimamente acoplada à ideia de direitos e de garantias fundamentais e traz consigo a ideia inafastável de participações diretas nas várias instâncias decisórias, mas desvia-se do lugar comum de que a fonte última de legitimidade democrática se resume ao processo de escolha política pelo voto popular (individual, secreto, periódico e virtualmente universal). Essa opção assume compromissos para além das “instituições de representação, mediação, seleção de elites: é também um conjunto de crenças e valores e um modo de vida, carregados de potencial igualitário” (SILVA, 2015, p. 82), que não significa “todas e todos decidindo tudo o tempo inteiro”, mas o vigor democrático do ato participativo.

O funcionamento concreto das formas de democracia (direta, representativa ou mista) desloca o ponto de tensão para os direitos e das garantias fundamentais. Por certo, a democracia enquanto sistema de governo concentra parcela do exercício do poder estatal, aquele mesmo poder analisado nos tópicos anteriores que necessita de contenções ou enfrentar resistências para não se degenerar em tirania ou em absolutismo. Historicamente, quem pretendeu desempenhar essa função foram os direitos fundamentais, também conhecidos como direitos naturais, direitos individuais, direitos de personalidade, direitos e garantias fundamentais dependendo do contexto, da fonte normativa e do âmbito de aplicação.

A associação entre os elementos da tradição anglo-saxã e algumas inovações formou a primeira constituição positivada, inaugurada em 1787 pelos Estados Unidos da América. Sua história singular legou significativas contribuições, contudo isso não significa ignorar suas limitações, a exemplo do surgimento do texto constitucional sem qualquer referência aos direitos e garantias fundamentais, bem como o dito “governo do povo, pelo povo e para o povo”, na expressão de Abraham Lincoln,³⁷ que conviveu com a escravidão de pessoas negras no mesmo tempo e espaço.

³⁷ Frase proferida durante o discurso em Gettysburg, em 1863, durante a guerra civil estadunidense.

Esses problemas estruturais receberam enfrentamento mediante lutas sociais concretas e decisões judiciais. Também foram objeto de soluções formais, a exemplo da promulgação do conjunto formado pelas dez primeiras emendas constitucionais (*bill of rights*) e, no caso da escravidão de pessoas negras, pela edição da décima terceira emenda constitucional que a extinguiu formalmente no território estadunidense. Dentre outras inovações, acrescentou um pacto federativo que buscava preservar a autonomia dos demais entes positivada numa constituição escrita.

Visto por esse ângulo, o constitucionalismo representa a primazia dos direitos e das garantias fundamentais acompanhados por desenhos institucionais que observem, entre outros elementos, a divisão das funções estatais e um sistema de freios e contrapesos responsáveis pela materialização das liberdades fundamentais. O fundamento, portanto, repousa sobre a ideia de que “decisões democráticas não poderiam ser tomadas com plena liberdade” (MARTÍNEZ DALMAU, 2014, p. 75).³⁸ Essas relações são responsáveis pelas tensões anunciadas no início desse tópico, significa dizer que sob determinadas condições as decisões majoritárias podem ser revistas pelo Judiciário.

Abre-se possibilidade para que determinados ímpetos sejam refreados, ou seja, a declaração de invalidade de certas decisões políticas, jurídicas e privadas que não encontrem guarida constitucional, mesmo que sejam elaboradas pela autoridade competente e em conformidade com os procedimentos formais pré-estabelecidos. Desse modo, as manifestações das vontades que pretendem sobrepor os direitos e as garantias fundamentais encontram limites na própria constituição. Embora tensão seja a real disposição de uma constituição (VIEIRA, 2018, p. 25), em termos institucionais sua intensidade varia conforme as funções Legislativa, Executiva e Judicial não forneçam respostas minimamente adequadas.

Diante da possibilidade de desvios ocorram tem-se a necessidade de que correções sejam realizadas por intermédio de instrumentos de controle do exercício do poder estatal, ou seja, em termos constitucionais não basta que o regular exercício de um poder estatal modere a atuação dos outros. Por isso, o controle de constitucionalidade é um dos instrumentos utilizados para assegurar a supremacia constitucional, cuja tarefa geralmente foi inserida nas competências do Judiciário.

Essa opção pretendeu fornecer respostas para um leque diversificado de problemas estruturais e conjunturais, que vão desde a primazia da “vontade do legislador”, bastante recorrente no final do século XVIII início do XIX, até a contenção dos retrocessos provocados

³⁸ No original: “[...] las decisiones democráticas no se podrían tomar en plena libertad [...]” (MARTÍNEZ DALMAU, 2014, p. 75).

pela Segunda Guerra Mundial. Na origem, essas ideias pretendiam conter o ímpeto dos governos majoritários e também assegurar que atos legislativos infraconstitucionais não violassem a constituição.

Daí “justificar” uma espécie de fortalecimento judicial para manter a fidelidade ao núcleo das escolhas fundamentais realizadas pelos “fundadores”, representadas metaforicamente pela “maçã de ouro” (BALKIN, 2011, p. 18-23).³⁹ Embora essa seja uma projeção anônima e substancialmente vazia não impede a prática de sacrifícios no tempo presente em nome de gerações passadas e futuras (BERGER; LUCKMANN, 2003, p. 53).

A possibilidade de controle dos atos normativos considerados incompatíveis com a constituição confere aos magistrados um papel destacado ou uma notoriedade diferenciada responsável por forjar no imaginário social perspectivas bastante otimistas em relação a essa competência. Envolvem repercussões nas searas jurídica e política localizadas sobremaneira no direito constitucional que “abrange larga área da coisa política - as instituições do Estado, em cujo âmbito, como se sabe, costumam desenrolar-se os principais fenômenos do poder político, constitucionalmente organizado” (BONAVIDES, 2011, p. 48).

Nessa visão, o elemento político atua como fator de interferência na interpretação constitucional ao mesmo tempo em que se torna problemático sustentar a concentração da totalidade do poder político estatal no Legislativo e no Executivo ou ainda que a jurisdição constitucional se reduza ao código binário constitucional ou inconstitucional. A hermenêutica constitucional se torna cada vez mais complexa do que o mero juízo de (in)conformidade com o texto constitucional vigente. As técnicas interpretativas, os efeitos individuais e sistêmicos das decisões judiciais extrapolam as cercanias tradicionais e alcançam as infundáveis controvérsias do campo político.

Outras estruturas que também conectam os círculos do direito e da política, de modo direto e imediato, nas “constituições modernas” (BARBOSA, 2018, p. 352) são as cláusulas abertas, isso é, os termos polissêmicos que apresentam uma variedade considerável de significados e sentidos, que em certas hipóteses assumem distintas interpretações sobre o mesmo fenômeno. E a contribuição judicial reside na delimitação desses temas constitucionais, no caso brasileiro, ligados à questão dos territórios indígenas (Petição n. 3.388/RR), das “uniões homoafetivas” (ADI n. 4.277/DF e ADPF n. 132/RJ), do financiamento privado de campanhas eleitorais (ADI n. 4.650/DF), da antecipação terapêutica de fetos anencefálicos

³⁹ No original: “apple of gold” (BALKIN, 2011, p. 18-23).

(ADPF n. 54/DF), do sistema de reserva de vagas para pessoas negras nas universidades federais (RE n. 597285/RS), dentre outras possibilidades.

Ao embaralhar as fronteiras entre as decisões políticas e judiciais corre-se o risco de que os magistrados arroguem para si uma representatividade social que não possuem e ultrapassem os limites da atuação judicial. Seguramente, não há como delimitar onde começa o jurídico e quando termina o político. Todavia, em princípio, são situações distintas o ato de retirar uma lei ou um ato normativo do ordenamento jurídico ou torná-los sem efeito, determinar a interpretação válida ou interpretá-las conforme à constituição e o ato de estabelecer uma “política pública setorial” por intermédio de decisão judicial, por exemplo.

Nessa última hipótese registra-se uma inescapável e ampliada dimensão criativa atribuída aos tribunais pela própria “textura aberta do direito” e também pelas características dos conflitos e das demandas sociais submetidas ao controle judicial de constitucionalidade. Essa característica não autoriza a conclusão de que “a constituição é o que os tribunais dizem que é” (HART, 2009, p. 155), menos ainda que tribunais ou juízes possam solitariamente exercer todo tipo de criação constitucional, há limites normativos, institucionais e sociais para essa “dimensão criativa”.

Parece acertado o fato de que “nem tudo na política se enquadra no direito” (REALE, 2002, p. 373), mas esse pensamento não exerce relação direta com a tese da separabilidade entre direito e política responsável por forjar o “mito de que há uma instituição distante da política” (MENDES, 2011, p. 347). Esse argumento se apoia no desenho constitucional que molda diferentes órgãos para diferentes competências, exemplo mais proeminente disso seria a própria separação orgânica ou funcional dos “poderes” ou simplesmente pela constatação de que se trata de campos de atuação distintos. Afinal, se tudo se resumisse a política, ou ao direito, não haveria a necessidade de outras instâncias decisórias.

Em termos políticos, influem os mecanismos de recrutamento e de seleção que levam em conta requisitos distintos. A representatividade política guarda relação, em maior ou menor grau, com a exposição da imagem pessoal dos candidatos, a identificação com o eleitorado, a adesão à agenda política, moral ou econômica formulada ou ainda com elementos de ordem subjetiva como a rejeição de determinado candidato ou agremiação política, influência por pesquisas eleitorais, movimentos sociais (estruturados ou conjunturais), mídias sociais, entre outros fatores.

No final das contas, tem-se a identificação de elementos passionais e conjunturais que somados a fatores contingenciais como pressão externa ou coalisões políticas circunstanciais moldam o produto apresentado pelas urnas eleitorais. O campo de atuação da sociedade civil,

por essas razões, possui maior amplitude. Essas são algumas das razões que constituem vínculo de representatividade social, cujo fundamento legitimatório de representação política da maioria dos votantes e a observância dos procedimentos formais faz com que as decisões do agente político ou pelo conjunto destes seja revestida de validade jurídica.

Do outro lado, as decisões jurídicas operam noutra órbita, tanto em termos institucionais quanto procedimentais. O *design* das instituições judiciais opera em outra frequência, a começar pela forma de ingresso, via de regra, o acesso ao Judiciário ocorre pelo concurso público composto por provas e provas de títulos (no caso brasileiro), pautado pela habilidade técnica e pelo cumprimento dos requisitos legais prévios, no caso dos tribunais o acesso ocorre pela promoção por antiguidade ou merecimento ou ainda pela indicação com participação do Executivo e do Legislativo. Em qualquer das hipóteses, acompanha a ideia de que os membros do Judiciário “estão imunes à prestação de contas e responsabilização política (são *unaccountable*, na acepção eleitoral de *accountability*)” (MENDES, 2011, p. 177).

Os procedimentos judiciais estão circunscritos à conformidade com as constituições (federal e estadual), com os princípios jurídicos explícitos e implícitos, com os atos normativos infraconstitucionais (leis, decretos, portarias etc.), com os enunciados de súmulas vinculante ou persuasiva, os regimentos internos (elaborados pelos próprios tribunais), com o conjunto das decisões judiciais pretéritas, dentre outros exemplos possíveis. Uma das principais formas de controle dessa atividade ocorre pela via do procedimento realizado em contraditório e pela fundamentação das decisões judiciais, que além do repertório jurídico mencionado articulam as razões fáticas apresentadas pelas partes ou pelos interessados de acordo com o caso concreto.

Em determinadas decisões as bases jurídicas e políticas podem estar justapostas tornando “indissociável da captura das relações sociais e da cultura popular pela lei e sua expropriação de conflitos sociais” (HIRSCHL, 2011, p. 02-03).⁴⁰ Isso frequentemente acontece em questões constitucionais sobre as quais a corte ou o tribunal constitucional é instado a prolatar uma decisão judicial cujo conteúdo possui acentuado conflito social provocado por concepções díspares sobre determinado significado moral, econômico, político, religioso, dentre outros.

Essa flexibilidade, inerente ao tempo presente, não se encontra imune às críticas, volta e meia esse argumento é utilizado para expandir o já ampliado campo de atuação judicial. Sugestões que apontam para a figura real ou idealizada de uma “corte de reis filósofos”

⁴⁰ No original: “[Judicialization of this type is] inextricable from law’s capture of social relationships and popular culture and its expropriation of social conflicts [...]” (HIRSCHL, 2011, p. 02-03).

(HIRSCHL, 2011, p. 11),⁴¹ além de vulnerar os arranjos distributivos de competência previstos no texto constitucional geram problemas jurídico-constitucionais e institucionais. O sentido político no qual o jurídico está aproximado encontra correspondência na repartição flexível de competências, na possibilidade excepcional e devidamente justificada para a contenção de eventuais excessos no desempenho das funções estatais, sem perder de vista as tensões provocadas.

Talvez por isso, o direito constitucional seja apresentado como um tipo especial de direito, um direito político (TUSHNET, 2006, p. 991) que difere da tradicional política partidária e de seus processos corriqueiros de tomada de decisão. Em certo sentido, descrito como um tipo refinado de decisões jurídicas que, num só tempo, possuem e refletem componentes políticos. O conflito, a disputa e o dissenso revestem-se sob a forma de decisões judiciais provisórias, passíveis de superação legislativa ou pelo próprio tribunal quando necessárias.

A soma dessas características produz impactos do ponto de vista democrático ao estabelecer que decisões judiciais “não são apenas ordens às quais se deve obedecer calado, mas um conjunto de razões que podem ser discutidas e que constroem a discricionariedade do agente decisório” (MENDES, 2011, p. 82). No lugar de fragilizar terminam por fortalecer as práticas judiciais, pois essa abertura deixa de ser um ato voluntarista ou estratégico do julgador e passa a ser parte integrante do conteúdo decisório, porém esse movimento restará incompleto se as discussões e os questionamentos excluírem as instituições sociais nesse ambiente de controle.

6 CONCLUSÃO

Diante do questionamento acerca da limitação do exercício do poder estatal, notadamente voltado para o campo judicial, analisou-se os principais expoentes das teorias da “separação de poderes”, dos freios e contrapesos e da técnica de controle judicial de constitucionalidade. A pretensão desse artigo situou-se na suficiência parcial desses mecanismos para limitarem o exercício do poder estatal. Basicamente por duas razões, primeiro porque esses arranjos institucionais desconsideram o papel desempenhado pela sociedade civil e também porque não conseguem desviar da concentração do exercício do poder estatal nas mãos de um ator institucional específico.

⁴¹ No original: “philosopher king courts” (HIRSCHL, 2011, p. 11).

A “separação dos poderes” conjuntamente com o sistema de freios e contrapesos contribuíram para fazer frente ao absolutismo monárquico e a concentração de poder estatal. Mas, para além da divisão e do controle recíproco a qualidade das respostas apresentadas depende da capacidade de articulação das dimensões jurídicas e políticas que compõem a constituição. Esses dois elementos colocam a necessidade de mecanismos para assegurar a supremacia do texto constitucional, assim como sugerem as formas de controle político e judicial de constitucionalidade.

Diante desses compromissos, o juízo de adequação de determinada lei ou ato normativo com a constituição adquire caráter aberto e cada vez mais complexo, ou seja, passa a ser entendido como o resultado da conjugação de esforços entre as instituições estatais e sociais. Significa dizer que o aspecto democrático e descentralizado, chamado de justaposição entre direito e política, sob certas condições, influencia na compreensão compartilhada sobre os sentidos e os alcances da constituição. Sem representar o endosso à “última palavra” em termos de interpretação constitucional.

7 REFERÊNCIAS

ARISTOTLE. **Politics**. Translation by H. Rackham [Edition bilingual Greek and English]. Massachusetts: Harvard University Press, 1959.

BALKIN. Jack M. **Constitutional redemption: political faith in an unjust world**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. 3. Reimpr. Brasília: Edições Câmara, 2018.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento**. 23. ed. Tradução de Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: vozes, 2003.

BERNAL PULIDO, Carlos. Direitos fundamentais, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo na América Latina. Tradução de Graça Maria Borges de Freitas. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 17, n. 111, fev./maio 2015, p. 15-34.

BOLINGBROKE, Henry. **Political writings**. Edited by David Armitage. Cambridge: Cambridge University Press, 1997 (Cambridge texts in the history of political thought).

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Supremo Tribunal Federal [Secretaria de documentação], 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.367/DF. Relator Cezar Peluso. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 abr. 2005a. Disponível em: <http://stf.jus.br>. Acesso em: 09 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2.797/DF. Relator Sepúlveda Pertence. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 set. 2005b. Disponível em: <http://stf.jus.br>. Acesso em: 26 ago. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 1 v (Biblioteca tempo universitário, 101).

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist**. Edited with introduction and historical commentary by J. R. Pole. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2005.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009 (Biblioteca jurídica WMF).

HIRSCHL, Ran. The judicialization of politics. **The Oxford handbook of political science**, Oxford, Jul 2011, p. 01-21.

KALYVAS, Andreas. Soberanía popular, democracia y poder constituyente. **Política y gobierno**, Delegación Álvaro Obregón, vol. XII, n. 01, 2005, p. 91-124.

LAMBERT, Edouard. **Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis** : la expérience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois. 5. ed. Paris : Marciel Giard & Cie, 1921.

LOCKE, John. **The second treatise of government**. Edited and introduction by C. B. McPherson. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1980.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011(Direito, desenvolvimento, justiça. Série: produção científica).

MONTESQUIEU. **L'esprit des lois**. Edition Edouard Laboulaye. Paris : Garnier Frères, 1875 (Œuvres completes).

NÚÑEZ, Claudio Felipe Alexandre Magioli; QUINTANA, Fernando. Repúblicas em conflito: a separação dos poderes made in America. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 51, n. 204 out./dez. 2014, p. 139-161.

PENNA, Camila. Uma análise da influência de Locke, Montesquieu e Rousseau no pensamento federalista estadunidense. **Pensamento Plural**, Pelotas, n. 08, jan./jun. 2011, p. 65-83.

PUTNEY, Christopher. American separation of powers: how the architects of the U.S. constitution strategically developed Montesquieu's constitutionalism. **Critique: a worldwide student journal of politics**, Illinois, Fall 2016, Sep. 2019, p. 01-28.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. Adaptado ao novo Código Civil. Lei n. 10.406, de 10-01-2002. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROUSSEAU, Dominique. **Radicaliser la démocratie** : propositions pour une refondation. Paris : Seuil, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du contrat social ou principes du droit politique**. Paris : Union Générale d'Éditions, 1963.

SEGORBE, Beatriz. O Conselho constitucional francês e a protecção dos direitos fundamentais. **Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa**, Lisboa, n. 02, working papers, 2000, p. 01-48.

SILVA, Fabricio Pereira da. **Reflexões sobre experiências participativas na América Latina**. Rio de Janeiro: Ponteio, 2015.

TROPER, Michel. **Ensayos de teoría constitucional**. Traducción Bernardo Bolaños. Fontamara: México, 2008.

TUSHNET, Mark. Popular constitutionalism as political law. **Chicago-Kent Law Review**, Chicago, v. 81, 2006, p. 991-1.006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.